

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de febrero dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-014-2016-00260-01
Accionante	FANNY KALIL QUINTERO patricia.egel@gmail.com
Accionada	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contactenos@ugpp.gov.co
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL
Magistrada Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda, los que se relatan a continuación:

Que la señora FANNY KALIL QUINTERO aportó para la pensión desde el 04/03/1964 hasta 12/01/1971 y, desde 31/03/1978 hasta 15/04/1999 para un total de 1447 semanas.

Que la hoy demandante, fue pensionada mediante Resolución No. 12966 de julio 15 de 2003, por conducto de CAJANAL. La cual indica que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 5 años y 15 días, teniendo en cuenta solamente: La asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de

¹ Folios 88-95 cdr.1

² Folios 1-23 cdr.1

13001-33-33-014-2016-00260-01

antigüedad, dejando de reconocer todos los que la Ley 33 de 1985 contiene.

Que solicitó la reliquidación de la pensión a la parte demandada, la cual niega la solicitud mediante Resolución RDP 030655 de 27 de julio de 2015.

Mediante Resolución RDP 45397 de octubre 30 de 2015, se confirma en todas sus partes la resolución mencionada, luego que la señora Fanny Kalil Quintero presentara los recursos pertinentes bajo el número SOP201500055420A.

3.1.2. Las pretensiones de la demanda

Solicita el libelo que se declare lo siguiente:

- Nulidad de los actos administrativos, Resolución No. RDP 30655 de fecha 27 de julio de 2015 y RDP No. 045397 de 30 de octubre de 2015, expedido por la UGPP, por medio de la cual se negó la reliquidación de las mesadas pensionales de la demandante.
- Nulidad parcial de la Resolución No. 12966 del 15 de julio de 2003, expedida por la UGPP.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada, lo siguiente:

- Reliquidación y con ello reajuste de la pensión de vejez de la señora FANNY KALIL QUINTERO con aplicación integral de las Leyes 33 y 62 de 1985, normas concordantes y criterio jurisprudencial, teniendo en cuenta para su liquidación, todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, así: asignación básica, subsidios de alimentación, bonificación por servicios, horas extras, prima de antigüedad, prima técnica, doceavas partes de la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y en general todas aquellas que constituyan salario, aplicando la tasa equivalente al 75% de la totalidad de factores de salario.
- Que, en virtud a la reliquidación de la pensión debido a la solicitud de inclusión de todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicio, se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo pensional de los mayores valores dejados de reconocer y pagar como consecuencia de ello,

13001-33-33-014-2016-00260-01

desde que se causaron hasta cuando se incluya en nómina la actualización de la pensión y se cancelen en su totalidad.

- Que se reconozca y pague indexación de todos los retroactivos de las diferencias de mesadas pensionales desde que se causaron hasta cuando se realice su cancelación total teniendo en cuenta que son obligaciones de tracto sucesivo.
- Que se condene a la demandada a pagar los intereses de mora aplicado sobre el retroactivo pensional producto del reconocimiento de la reliquidación de la pensión, desde el 04 de mayo de 2002 y hasta la fecha en que se produzca el pago de la prestación.
- Que se condene a la parte demandada al pago de las costas que genere este proceso, incluidas las agencias en derecho.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 1. 2. 25, 29, 48, 53, 373 y concordantes de la Constitución Política. Legales: Ley 100 de 1993. artículo 36 y concordantes; Ley 33 de 1985, artículo 1, 3; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; Decreto 1158 de 1994; Ley 1437 de 2011, sentencia del Consejo de Estado de fecha 25 de febrero de 2016 Rad. 25000-23-42-000-2013-01541-01 (4683-13), Concepto 479 de 1992 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Arguye que por aplicarse el régimen de transición para la liquidación de la pensión de la demandante debe seguirse la normatividad vigente antes de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, en concordancia con la Ley 62 del mismo año en cuanto se refiere a los factores salariales que se tienen en cuenta como IBL. Sin embargo, la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985 precisó que el concepto de salario debe comprender todo lo que constituye remuneración directa o indirecta del trabajo y dado que en el derecho público no se admiten liberalidades, todo lo que recibe el trabajador oficial es salario, es decir, las leyes 33 y 62 de 1985 hacen una disminución taxativa que resulta inconstitucional, teniendo en cuenta que no existe una normal que determine cual factor no constituye salario.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1. UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP³

Esta entidad dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones, por considerar que dicha entidad actuó de conformidad con la normatividad aplicable y de acuerdo al tiempo de cotización probado por la accionante. Teniendo en cuenta que la sentencia C-168 de 1995 emitida por la Corte Constitucional, declaró exequible el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, manteniendo incólume el ingreso base de liquidación previsto en el inciso 3º de la ley 100 de 1993 y por ende, debe aplicarse a las personas beneficiarias del régimen de transición.

Presentó como excepciones, las siguientes:

1. INEXISTENCIA DE LA CAUSA PETENDI.
2. FALTA DE COTIZACIÓN DE FACTORES SALARIALES.
3. INEXISTENCIA DE LA INDEXACIÓN PARA EL CASO.
4. BUENA FE.
5. COBRO DE LO NO DEBIDO.
6. PRESCRIPCIÓN.
7. LA GÉNERICA.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

Mediante sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por considerar que no es procedente la reliquidación de la pensión de la accionante con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-258/13 y SU-230/15 determinó que el beneficio derivado del régimen de transición consiste en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que las personas se encontraban afiliados, relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasas de reemplazo. Así pues, el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, es por esto que la interpretación constitucional es de obligatorio cumplimiento, y el juez no la puede eludir.

³ Folios 60-70 cdr.1

⁴ Folios 91-95 cdr.1

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**⁵, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, por considerar que le asiste el derecho deprecado. Tomando como argumento que la demandante la cobija el régimen de transición pensional, por tal razón tiene derecho a que su pensión de vejez sea reconocida teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto que establecen las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sobre el monto, debe tenerse en cuenta el porcentaje, así como, los factores salariales que integran la base de liquidación, debido a que el Consejo de Estado ha determinado que el régimen de transición pensional es integral.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)⁶, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)⁷ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES

La entidad demandada –Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales presentó alegatos finales. Solicita al Tribunal se confirme en todas sus partes la sentencia apelada, considerando que las pensiones se deben reconocer con base en las cotizaciones efectivas que realiza el afiliado, esto para garantizar la estabilidad financiera del sistema, en el caso particular le fue aplicado al demandante el régimen pensional que le corresponde a su fecha de status. Concluye determinando que, aunque sea beneficiaria del Régimen de Transición, el IBL se debe calcular según lo determinado en la Ley 100 de 1993.⁸

La parte demandante presentó alegatos de conclusión. Afirma que debió aplicarse el Régimen de Transición en su totalidad, de forma que la pensión debe ser reconocida teniendo en cuenta el tiempo de servicio, la edad y la forma de liquidación establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, debió sujetarse el reconocimiento de la pensión y su liquidación en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045.⁹

⁵ Cd de audiencia inicial cdr.1

⁶ Folio 5 cdr.2

⁷ Folio 9 cdr.2

⁸ Folio 12-14 cdr.2

⁹ Folio 16- 21 cdr.2

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho la demandante a que su pensión sea reliquidada de conformidad con lo establecido en el la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sustentará que, en materia pensional, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comprende exclusivamente la edad, el tiempo y el monto, pero no el IBL, el cual debe ser calculado con base en lo contemplado en el inciso tercero de dicha norma y en lo señalado en su artículo 21, de acuerdo con la interpretación realizada en la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018 del H. Consejo de Estado¹⁰, precedente de obligatorio cumplimiento.

¹⁰ Radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Por lo tanto, la parte demandante no tiene razón en la solicitud de reliquidación pensional, toda vez que las Resoluciones mediante las cuales fue reconocida y se reliquida su pensión, se encuentran ajustadas a las normas aplicables al caso, ellas son la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece el régimen de transición.

El anterior planteamiento, impone necesariamente confirmar el fallo apelado, conforme se pasará a estudiar.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El régimen de transición permite mantener algunas condiciones pensionales establecidas para los regímenes que se encontraban vigentes antes de la Ley 100 de 1993. Las Altas Cortes, unificaron la interpretación del régimen de transición frente a la liquidación de este tipo de pensiones. En virtud de lo anterior, las entidades públicas y los jueces de la República, reconocen estas pensiones teniendo en cuenta los siguientes elementos:

Para las mujeres 35 años de edad o más, y para los hombres 40 años de edad o más, y/o 15 años de servicio o cotizados para ambos. Estos requisitos deberán acreditarse al 1º de abril de 1994, si eres servidor del orden nacional, o al 30 de junio de 1995, si eres servidor del orden territorial.

En Concepto del 18 de diciembre de 2019, la Unidad de Pensiones y Parafiscales expuso un resumen acerca de la Liquidación y factores de las pensiones reconocidas con aplicación del régimen de transición, tomando como fundamento los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado:

“Ingreso base de cotización:

Si faltaren menos de 10 años:

- i. El promedio de los devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello,*
- ii. El cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con la base en la variación de IPC.*

Si faltaren más de 10 años:

El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

13001-33-33-014-2016-00260-01

Factores Salariales:

- Factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.
- Los demás factores que el legislador haya establecido expresamente que se deben incluir en el IBL de la pensión, con la demostración de sus respectivas cotizaciones al sistema general de pensiones."¹¹

5.4.2. De la liquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

La Sala Plena del Consejo de Estado unificó las reglas relacionadas con el IBL de las pensiones de la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición establecida en la Ley 100 de 1993¹², en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo que “(...) los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”

En este orden, se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar con base en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma, sobre los factores efectivamente cotizados y de acuerdo a lo contemplado en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

Adicionalmente, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 señala una reliquidación del monto pensional cuando se trata de funcionarios y empleados públicos, cuando hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y no se hayan retirado del cargo, con inclusión de los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

5.5. EL CASO CONCRETO.

5.5.1. Hechos probados

- Resolución No. RDP 045397 del 30 de octubre de 2015, expedida por la UGPP, por medio de la cual se resuelve confirmar en todas y cada

¹¹https://www.ugpp.gov.co/sites/default/files/sites/default/files/nuestra_unidad/18122019-Regimen-transicion.pdf

¹² Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

13001-33-33-014-2016-00260-01

una de sus partes la Resolución 30655 del 27 de julio de 2015.¹³

- Resolución No. 12966 del 15 de julio de 2003, expedida por la UGPP, mediante la cual se le reconoció el pago de pensión de vejez a la accionante, efectiva a partir del 04 de mayo de 2002, en cuantía de \$708.457.65.¹⁴
- Resolución No. RDP 030655 del 27 de julio de 2015, expedida por la UGPP, la cual resuelve negar la reliquidación de una pensión de vejez de la demandante, luego que la señora Fanny Kalil Quintero presentara los recursos pertinentes bajo el número SOP201500055420A.¹⁵

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

5.5.2.1. De la reliquidación de la pensión de jubilación

La aplicación del régimen de transición para el reconocimiento pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, es de la siguiente forma:

Beneficio de la transición pensional (art. 36 Ley 100 de 1993)	Consolidación del Derecho art. 1 Ley 33 de 1985		Ingreso Base de Liquidación (art. 21 Ley 100 de 1993/Decreto 1158 de 1994)		Tasa de reemplazo art. 1 Ley 33 de 1985
	Edad	Tiempo de servicio	Periodos	Factores ¹⁶	
La señora FANNY KALIL QUINTERO a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 04 de mayo de 1947.	55 años	20 años	10 años anteriores al reconocimiento.	Asignación mensual Bonificación por servicios Prima de antigüedad	75%
	Adquirió el status de pensionado el 04 de mayo de 2002, por edad , debido a que nació el 04 de mayo de 1947. En el año 1991 cumplió los 20 años de servicio.				

¹³ Folios 29-32 cdr.1

¹⁴ Folios 24-29 cdr.1

¹⁵ Folios 35-39 cdr.1

¹⁶ Folios 24-29 cdr.1

13001-33-33-014-2016-00260-01

Ahora bien, acorde con el material probatorio analizado, la accionante se encontraba cobijada por el régimen de transición pensional, y su situación está gobernada por la Ley 33 de 1985 en cuanto al monto, tiempo y edad requeridos para acceder a la pensión, pero no en cuanto al IBL, pues en este aspecto se debe acudir a lo consagrado en el artículo 21 y el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con base en los factores cotizados de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994, normativa de carácter general que no consagra los factores salariales cuya inclusión reclama la demandante.

Así las cosas, como quedó establecido, la situación pensional de la demandante quedó sometida al régimen establecido por la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En lo relacionado con los factores salariales que se deben incluir en el IBL en el régimen de transición, tenemos lo siguiente:

Factores de salario – base de cotización – servidores públicos incorporados al sistema general de pensionados – Decreto 1158 de 1994	Factores salariales incluidos en el IBL que sirvieron de base para liquidar la pensión de la demandante.
<ul style="list-style-type: none"> -La asignación básica mensual -La bonificación por servicios prestados -La prima técnica, cuando sea factor de salario -Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario -La remuneración por trabajo dominical o festivo -La remuneración por trabajo suplementario, o de horas extras, o realizado en jornada nocturna -Los gastos de representación 	<ul style="list-style-type: none"> - Sueldo básico. -Bonificación por servicios prestados. -Prima de antigüedad.

No obstante lo anterior, y atendiendo la interpretación fijada por el H. Consejo de Estado a que se ha hecho referencia en el marco normativo de la presente providencia, que comparte esta Sala por tratarse de un precedente de obligatorio cumplimiento, al encontrarse sujeta la situación pensional de la parte actora, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión se otorgue con base en el monto (porcentaje), edad y tiempo de servicios consagrados en el régimen anterior, pero en lo que respecta al IBL debe hacerse con base en

13001-33-33-014-2016-00260-01

lo señalado en el régimen general, pues este componente no hace parte del régimen de transición, como se señaló con precedencia.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que el reconocimiento y reliquidación de la pensión de la demandante, se hizo con inclusión de todos los factores salariales que fueron establecidos en el Decreto 1158 de 1994, razón por la cual no es procedente la reliquidación tomando como base únicamente el último año de servicios, con la inclusión de factores sobre los cuales no realizó aportes al Sistema. Dentro del expediente no se anexó prueba que diera certeza que la demandante realizó aportes al Sistema adicionales, así pues, la entidad demandada incluyó en la liquidación de su pensión todos los conceptos sobre los cuales se cotizó.

En virtud de lo anterior, la Sala confirmará el fallo apelado que negó las pretensiones de la demanda, porque como se consignó en la sentencia de primera instancia, la liquidación de la pensión de vejez de la demandante debe hacerse con fundamento en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

Si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas en esta instancia

5.7. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

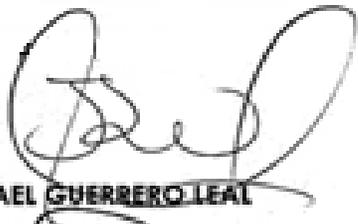
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

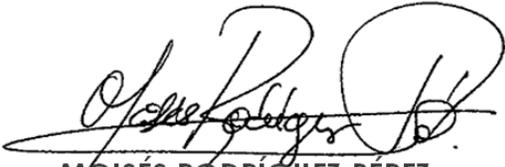
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 13001-33-40-014-2016-00260-01)